

# 犯罪の体系的分類について

岩 崎 二 郎

## 目 次

一 はしがき

二 若干の問題

(一) 偽 証 罪

(二) 誣 告 罪

(三) 瀆 職 罪

(四) 住居侵入罪

(五) 秘密侵害罪

三 ち ず び

## 一 は し が き

犯罪の分類は先ず第一に刑法の総論的意義においてこれを考えることができる。既遂犯、未遂犯、単独犯、共犯、不能犯、予備犯、陰謀犯、身分犯、目的犯、故意犯、過失犯、結果的加重犯といった分類が即ちそれである。併し乍らこの意義における犯罪の分類は犯罪一般を縦断的且つ動態的に把握

した分け方であつて、個々の犯罪を体系的且つ構成要件的に分類するものではない。そこで犯罪を横断的且つ個別的に理解する為には更に別の角度からの分類を試みる必要がある。そしてこの場合には犯罪の本質という点に重点をおいてこれを構成要件的に考えることが個々の犯罪を具体的に識別、分類するのに最も効果的であると考えらる。

ところで犯罪の本質については従来概ね三の見解がある。

即ち第一は犯罪の本質をもつて権利の侵害 (Rechtsverletzung) なりとする説であり、第二は義務違反 (Pflichtverletzung) なりとする説であり、第三はこれをもつて法益の侵害 (Rechtsverletzung) にありとする説であるが、今日においては第三説が概ね通説とされている<sup>(1)</sup>。従つて犯罪の分類は先ず第一に法益の分類に従つてその本質即ち罪質が吟味せられ、次いで更にこれを類型的に分類、綜合されることが必要であ

ると考える。

ところがかような意味での犯罪の分類については従来二分法或は三分法が採られていることは夙に知らるるが如くである。尤もかような分類を試みることは余り価値がないのであり、況んやこれを徹底的に理論的分化を試みるが如きは殆んど不可能に近いのであり従つてそれは單なる便宜の問題として四分法、五分法でも差支えないといった見解もないではない。<sup>(3)</sup>

併し乍ら犯罪の規範的意義を正確に認識する為には、理論的に可能な最大限度にまで各個犯罪を精密に分析してその罪質をきわめその保護しようとする法益を明かにすることが必要である。そしてこれを更に類型的に綜合、配列せしめて各個犯罪の異同を明かならしめ、もつて犯罪を体系的且つ統一的に理解することが必要であると考える。勿論現行刑法典は形式的には必しもそのような明確な体系的分類の基礎の上に構成されているわけのものではないが、併し、だからといって唯全く漫然と犯罪を偶然的に羅列したのではないのであつて、そこにはおのづから一応の体系的配列が配慮されているのであり、否寧ろ能う限りの理論的分類を加えたものであるとさへいうことができるのである。ところがそれにも拘らず現行法の体系には明かにその分類と配列を誤つたとみられるもの或は少くともそれが適當でないとみられるものがあるように思われるのである。本稿はこれらの点につき若干の問題

を指摘してその反省的立法論を試み、近い将来において予想されるところの現行刑法典についての全面的改正への一の配慮たらしめようとするものである。

## 二 若干の問題

### (一) 偽証罪

法律により宣誓した証人が虚偽の陳述をなすときは偽証罪とされる(刑法一六九条)。法律により宣誓した鑑定人又は通事が虚偽の鑑定又は通訳をなすときも亦同様である(一七一)。

偽証罪(Meineld, perjury)は歴史的には本来宗教的な犯罪としてこれを把えることができる。即ち西洋中世においては本来神に対する背誓の罪と区別されなかつたのであるが、その後に至つてもその背誓の故に毀神罪の重いものと觀念されたのである。例えばドイツ刑法法でも宣誓の觀念は宗教的なものとせられ、宣誓は神の呼びかけの下になされる真実の斷言を誓うことであるから、偽証はひつきよう神に対する誓約の違背即ち背誓であるとされた。従つてドイツ刑法は偽証をもつて神に対する誓約違反即ち背誓の章下にこれを規定している。<sup>(4)</sup>

ところでドイツ刑法の影響を多く受けて制定されたと思われるわが現行刑法典は偽証罪をもつて「公の信用を害する罪」として通貨偽造、文書偽造、有価証券偽造、印章偽造(第

十六章乃至十九章」といつたいわゆる偽造犯罪群の一環としてこれを第二〇章に配列、規定している。<sup>55</sup>

そうするとこのことは現行刑法典が特にこれを明言しているわけではないが、偽証罪をもつて一種の公共犯罪としてこれを社会的法益を侵害する犯罪群中の一種とみて分類、配列したのであることは推察するに難くない。<sup>56</sup>

次に現行法の前身であるところの旧刑法の規定をみるに、

旧刑法は犯罪を大きく公益に関する重罪、軽罪と、身体、財産に対する重罪、軽罪と違背罪との三に大別し、偽証罪をもつて公益犯罪中の「信用」に関する各種偽造犯罪群の一偶にこれを配列、規定しているが、そのこと自体が立法的に誤りであるのみならず又偽証罪とその性質が相似する誣告罪を甚しく隔離せしめてこれを第三編、身体、財産に対する罪の第一章、身体に対する罪の個所に誣毀罪と一括してこれを配列せしめているのはこれ亦不当といわなければならない。そこで現行刑法典はその制定に際してドイツ刑法の毀神罪の觀念を全く捨てたのは大に良かったのであるが、その体系的配列については唯無反省に漫然と旧刑法のそれを踏襲したものであるが、これは明かに正しい立法の認識を欠いたものといわざるを得ないのである。

それならば偽証罪の本質は何か。偽証罪は本質的には神への背誓としての毀神罪のものではないのである。現行法は特に「宣誓した証人」としているが、これは一つには前述の

ような沿革に由来すると共に他には又本罪の成立を特に宣誓という厳肅な形式の下における陳述の場合にのみこれを限定してその真实性を確保しようとするものに外ならないのである。従つて本罪は本質的には宗教的觀念の保護とは多く関することはないのであり、従つてその本体は宣誓違反にあるのではなく専ら虚偽の陳述そのものにあると解するのが妥当であると考へる。

次に又偽証罪は公の信用を害するものとしての社会的法益侵害犯罪として把握せらるべきものではない。ドイツ刑法においては最初本罪は私的犯罪である詐欺罪の範疇に入れられたのであるが、その後ミッテルマイヤーにより公共の信義、誠実に反する偽造罪の一種とせられ、当時この見解は將に一世を風靡したかの觀があつた。ところがその後リストは本罪が國家の司法作用に対する犯罪であることを強く主張するに至り今日においてはリストの説が広く肯認されるに至つてゐる。わが現行法も恐らく本罪をもつて右の初期ドイツ刑法に倣つて公の信用を害する犯罪として通貨、文書及び印章偽造といつたいわゆる偽造犯罪の一種と觀念したものであるが、偽証罪の保護法益は偽造犯罪におけるような物体の真正を偽ることによる公共の信用に対する侵害ではない。偽証行為はなんら感覺的に物体の真正を害するものではなく、それは専ら虚偽の陳述に基き抽象的に眞実を害するものであるから、少くとも通常の意味における偽造の觀念には當らないも

のと思われる。

かようにして偽証罪の本質はいわゆる偽造ではなく又公の眞実性への信用ひいては社会の法益を侵害するものでもないとするれば、それはひつきよう国家の裁判を誤らしめる虞れある行為として国権の作用特に司法権の適正行使を阻害するものとしてこれを理解せざるを得ないこととなるのである。勿論裁判官は証人の虚偽の陳述を採用しなければならぬわけではなく又それを採用する筈もないのであるから、偽証は必しも国権の作用たる司法裁判にさほどの危険を与えるものではないかも知れないが、併し虚偽の陳述も一応は裁判の証拠となり得ることもあるのであり又裁判官が偽証を看破できないこともあるばかりでなく、兎も角も陳述の眞偽を考量し、判断しなければならぬという無用の国家事務を徒費させることもなるのであるから、偽証が終局において国家の司法作用を妨害するに至るであろう危険の存在することは否定できないところではないか。そうすると偽証罪の本質は明かに国家の法益に関するものであり、そして司法権の適正行使を阻害する犯罪であるとするところにこれを求めざるを得ないのであるが、このことは今日わが国においては学説もこれを認めて殆んど疑わぬところなのである。

かようにして現行刑法典が偽証罪を分類、配列するに「公の信用を害する罪」としてこれを各種偽造犯罪の次位におき、従つてこれを社会的法益を害する罪の一環としているの

は明かに立法的に妥当ではない。そこで本罪は將に司法権の適正行使を阻害する虞れあるものとして一の国家的法益を侵害する犯罪として、これを第七章「犯人藏匿及び証憑湮滅の罪」の次位に配列、規定することが適當であると考える。

### (二) 誣告罪

人をして刑事又は懲戒の処分を受けしめる目的をもつて虚偽の申告をなすときは一六九条（偽証罪）の例に同じとして誣告罪とされる（一七二）。

誣告罪は偽証罪と同一に取扱われる程両者は類似した犯罪類型なのであるが、併し犯罪の手段、方法は全く異つてゐる。即ち偽証は証人として不実の陳述をなすものであるが、誣告はみづから進んで人を陷害する目的をもつて虚偽の申告をなすものである。従つて誣告には宣誓に背くということはないが、その惡意の度合いにおいて却つて偽証よりも重い場合が多いであろう。

誣告罪は沿革的には個人の法的安全を侵害する犯罪とされている。古代及び中世の刑法は何れも本罪をもつて個人が徒らに刑罰や懲戒を受けないという個人の法的安全を害するものと観念したのであり、その点では洋の東西を問わず概ねその軌を一にしているようである。

ところが近世の諸国刑法は本罪をもつて国家の作用特に司法権の適正行使に対する侵害という点に重点をおくに傾いてゐる。併し乍らそれにも拘らず今日においても本罪の主要な

点が国家的法益の保護にあるとしても尚且つ個人的法益の保護を全く無視するものではないとされている。

ところで誣告罪の本質は何か。これについては從來概ね四の見解が分れている。第一説は本罪をもつて刑事又は懲戒の処分に關し他人を陷害せんとするものである点に重点を置いてこれを個人法益侵害罪とする見解である。<sup>98</sup>わが国においてはこの立場に立つ學説は殆んど無いようであるが、立法例としては旧刑法をあげることができる。即ち旧刑法は本罪を前にも述べたように第三編、「身体、財産に対する重罪、輕罪」中の「身体に対する罪」の一環としてこれを「誹毀罪」と一括して配列、規定しているが（旧刑法、三五五）、誹毀罪は純粹に個人的犯罪であるから、旧刑法は明かに本罪をもつて個人的法益侵害罪とみたものと思われる。旧刑法は多くフランス刑法の影響を受けて制定されたのであり、フランス刑法は本罪をもつて個人的法益侵害罪としているから（フランス刑法、三七三）、旧刑法も亦これを殆んど無反省にそのまま踏襲したものと思われる。併し乍ら夙に早く明治三十年頃の識者の見解にはこれを疑問とするものが現れているのであるが、これによれば誣告罪はその性質が裁判事務を妨害するものである点において偽証罪とその性質を同じくしている。然るに法律が一はこれをもつて公罪として第二編公益罪中に規定し、他はこれを私罪として第三編私益罪中に規定したのみならず、その性質の全く相異なる誣告罪と誹毀罪とを一括同

節中に混同配列するに至つては編纂の方法その宜しきを得たものということはできないとして、その妥当でないことを指摘している。<sup>99</sup>

次に第二説は本罪をもつて虚偽的行為により公共の信用を侵害するものとみる見解であるが、わが現行刑法典はその立法當時においてこの見解に立つたものの如くである。即ち現行刑法典は誣告による虚偽の申告をもつて真実を偽るとするいわゆる虚実罪としてこれを各種偽造犯罪の章下に配列、規定したのであり、その意味において形式的にはそれは公益犯罪とみられたようであるが、併し判例その他の運用の面では必しもそうではないように思われる。

第三説は本罪をもつて個人的法益を侵害すると同時に尚刑事又は懲戒処分に關する適正なる国家作用を誤らしめる点において国家的法益をも侵害するものとする見解であるが、これは二法益の併存を認めるいわば折衷的な見解といふことができよう。<sup>100</sup>

更に第四説は本罪をもつて刑事又は懲戒処分に關する国家作用の適正を誤らしめるものなる点において専ら国家的法益を侵害する犯罪であるとする見解である。<sup>101</sup>

惟うに本罪をもつて純粹個人犯罪とする第一説は個人法益に偏する点において適當でない。蓋し本罪がしばしば国家作用の無用な発動を惹起せしめ、時として国家司法權行使の適正を誤らしめ終局において国家作用を侵害するに至ることが

あるという重大な点を全く看過しているからである。又本罪をもつて虚偽申告に基く虚実罪若くは虚偽犯罪なりとしてこれを各種の偽造的虚偽犯と同類とし、これをもつて公共の信用を害するものとする第二説は公共乃至偽造という概念よりしても明かに失当である。更に又国家と個人の両法益の併存を認める第三の折衷説は稍徹底を欠くものがあり又専ら国家的法益を侵害するものとする第四節は本罪が時に甚しく個人を陷害する場合があり得るという重大な点を看過している。

ところで誣告罪において国家法益と個人法益とが併存しているということは否定できないところであらう。そこで問題は、その並存法益の何れに重点をおくかということに帰着せざるを得ないのであるが、誣告により蒙ることあるべき国家法益の侵害は、被誣告者のそれよりも稍重いものがあるのではないか。そこで本罪の本質は基本的には国家法益侵害犯罪とみるのが妥当であると思われるから、その意味において本罪に対する現行刑法典の分類、配列は不適當なのであり、かくして本罪は一の国家的法益を侵害する犯罪としてこれを第七章「犯人蔵匿及び証憑湮滅の罪」に次ぐ偽証罪の次位に配列せしめることが最も適切であると考ええる。唯併しこの場合において人権尊重の趣旨よりして被告人の法益を全く無視して顧みないのは甚しく不都合であるから、これに對しては必ずやなんらかの救済的立法の考慮が払われなければならないと思われるが、差当りドイツ刑法の被告の費用で判決を公示

させることができるとする権限が被害者に与えられるというような方法が考えられよう。

### (三) 瀆職罪

公務員による瀆職罪は大別して職權濫用罪（一九三乃至一九六）と賄賂罪（一九七乃至一九八）の二に分けることができるが、何れも行為主体が公務員又はこれに準ずるものであることを原則とするいわゆる官職犯罪である。

公務員による職務の執行は一面において公務妨害罪により特に刑法の保護を受けているが、同時に又公務員の職務行為自体が公正嚴格に行われなければならないことが要求されている。そこで公務員がその職務に關してなんらかの非行を犯したときは、国家はその任命の主体たる責任において内部的、第一次的処置として一般公務員に對してはこれを懲戒処分に附するのであり（国家公務員法八二以下）、特にそれが裁判官である場合には弾劾の方法によりこれ亦一定の制裁に附されるのである（裁判官弾劾法、二）。併し乍ら国家作用はいわゆる公務の執行として専ら公務員により行われるのであるが、而もこれは最も公正且つ嚴格に行われなければならないのであり又それは同時に国民全般にも至大な影響を与えるものでもあるから、一般的法秩序維持の建前よりしても更にこれに刑法による刑罰制裁が加えられることとなるのである。

ところで職權濫用罪においては一面國權の作用が公務員により不当に行われたという国家的法益への侵害があると同時

に、他面又一般国民が不当にその法益を脅威、侵害されるといふ個人的法益への侵害という面も少くないのである。併し乍ら国家がこれを罰する根本趣旨は公務員による国家作用の発現は常に凡て公正を旨としなければならないとするいわゆる国家作用の厳正保持という点にあるのである。

次に賄賂罪の本質については見解が分れている。即ち賄賂罪は公職に従事する者の公正な職務の執行を保障して国権行使の任に当る者の清明を維持しもつて「公務員たる者の職務行為無報酬の原則」を明確ならしめんとするものである。併し乍らその直接に保護せんとする客体については公務員の職務の「純粹性」若くは「義務不可侵性」なりとする説と、公務員の職務行為の「不可買収性」にこれを求めんとする説とに分れているが、後説をもつて妥当とすべきであろう。蓋し刑法は公務員が敢て義務違反の行為にでない場合においても尚且つ本罪の成立を認めてこれを罰することとしているからである。併し乍ら何れにしても本罪の根本趣旨とするところは、国家作用の厳正を保持しこれを執行するところの公務員の純粹と清明性を担保しようとするものであることは疑のないところであろう。

かようにして瀆職罪の本質はこれを要するに国務の清廉を保護しひいては国家の品位と權威とを維持することを本体とすると、この国家法益を侵害する犯罪とみるのが最も妥当なのであり、この点については殆んど異説あるをきかないとい

るのである。<sup>12</sup> そうすると本罪はそれが国家法益を侵害することを本質とする犯罪であることからして、それは少くとも偽証罪、誣告罪と近接した類型的犯罪として、これらと並列して分類、配列せられることが妥当であろう。

ところが現行刑法典はそれにも拘らずこれを敢て独立の一章として偽証、誣告の各罪と全く隔離してこれを規定しているのみならず、これを公益犯罪群と私益犯罪群との中間に配列せしめているのは甚だ理解に苦しむところである。瀆職罪に前置されている「礼拝所及び墳墓に関する罪」は直接的には風俗に関する法益を保護することにより終局的には社会の法益を保護することを目的とするものであるから、国家の法益侵害を本質とする瀆職罪とは甚だ類型の隔つた犯罪なのである。尚若し瀆職罪が第二義的であるにもせよ個人の法益を侵害することある故をもつて個人犯罪たる殺人罪に前置せしめたものとしても、それは甚しく焦点を誤つた配列方法であつて、それならば寧ろ国家犯罪の末尾にこれを配置するの次善なるに如くはないのではないか。尚旧刑法は瀆職罪をもつて第二編公益に関する重罪、軽罪中の末尾にこれを配列しているが、これ亦少くとも妥当性を欠くものといわなければならない。<sup>13</sup>

かようにして私は現行法の瀆職罪に関する見解は本質的に誤りであつて、それは將に国家の法益を侵害する犯罪として第七章「犯人蔵匿及び証憑湮滅罪」の次につゞく偽証罪、誣

告罪の次位にこれを分類、配列せしめることが立法的に妥当であると考えるのである。

#### (四) 住居侵入罪

故なく人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若くは艦船に侵入し又は要求を受けてその場所より退去しないときは住居侵入罪とされる(一三〇)。

いうまでもなく我々の住居、邸宅等はその日常生活が自由且つ平穩に営まれる場所であるから、これが濫りに犯されるということは誠に重大な法益の侵害であるといわなければならない。新憲法が何人もその住居につき正当な令状によらずして侵入、搜索を受けることがないといういわゆる「住居の不可侵權」を國民の重要な人權として規定し(憲法、三五ノ一)、訴訟手続は又これを受けて種々の規定を設けて憲法の趣旨を徹底せしめている。刑事訴訟法が又人權保障法ともいわれる所以であらう。

ところで住居を侵す罪の本質は何であらうか。この点について<sup>9</sup>の学説は概ね四の見解に分れてゐる。第一は本罪をもつて自由を侵害するものとするのであり、第二は占有を犯すものとするのであり、第三は權利即ち住居權(Haarecht)を犯すものとするのであり、第四は自由に類似するところの併し自由及び占有とは區別される固有の法益を侵害する犯罪とする見解の四である。<sup>10</sup>

併し乍ら本罪の法益をもつて唯漠然と自由と解するのは余

りにも抽象的且つ広汎的であり又これを占有するのも亦いささか限定的且つ狹義的にすぎると思われる。又住居權といつてもその概念は依然として稍不明確であるのみならず犯罪の本質をもつて權利の侵害と解することが必ずしも適當でないことは前にも述べた如くである。尚又本罪の法益をもつて自由類似の固有法益とみることはより一層不明瞭であつて必しも適切ではない。

惟うに本罪に本質的なものとされるのは個人の住居等が法律的に平穩に保護されてゐることの意識即ちその安全性と平穩性にあるとみるのが最も妥当であると考ええる。即ち本罪は本来個人の法益を侵害する犯罪なのであり直接的には個人の住居等の安全乃至平穩を侵害する犯罪なのである。従つてそれは本質的には人の身体的、精神的自由を侵害するところの逮捕監禁罪、脅迫罪、略取誘拐罪と最も近接した類型とみることができるのであらう。

ところでわが旧刑法は當時多數諸國の立法例に倣い本罪をもつて公益犯罪とみてこれを静謐を害する罪の章下に分類、配列せしめている。併し乍ら人が他人の住居に故なく侵入した場合にはその居住者の安全且つ平穩な自由状態が侵害されるに至るであらうことは明かであるが、これが為に公の静謐が侵害されるということがあるであらうか。若しかうな場合にも他人の住居侵入の一事のみをもつて直ちに公共又は社会の静謐が侵害されるのであれば、例えば住居に強盜



若くは殺傷犯の侵入があつたときも亦凡て皆直ちに公共の静謐が犯されるに至るものとされなければならぬであらう。

然らばその極は遂に第三編の個人に対する各種犯罪も亦何れもこれを公の静謐を害する罪の中に転換、配置しなければならぬという奇観をさえ呈することとなるのではないか。

勿論本罪が例えば公務を行う為に占居された建造物等の安全を害したというような場合は、一見公益犯罪に類似するものがないではないが、併しこの場合の安全も実は単なる公共の静謐というようなものではないのであつて、寧ろ占居する個人の安全乃至平穩に重点がおかれなければならないのであるから、これをもつて直ちに公益犯罪とみることがは必しも妥当でないといわなければならないのである。

ところで現行刑法典も亦その配列の順序からみれば社会の法益を侵害する犯罪としての公共の静謐に関するものとされる騷擾罪(第八章)乃至往来妨害罪(第十一章)の次位にこれを配列、規定している。その理由は単に旧刑法以来の歴史的伝統を無反省にそのまま踏襲したものと考え以外にはないように思われるが、これ亦妥当を欠くものといわざるを得ないのである。

かようにして本罪は少くとも社会法益に関する公共的なものではなくして、専ら個人の住居の安全乃至平穩に関する個人の法益を侵害する犯罪であることは極めて明かであつて今日多くの学者も殆んど敢て異を唱えないところなのである。<sup>19)</sup>

尚刑法改正仮案は右述の次第を考慮したのであらうか第三章「脅迫罪」の次章にこれを配列せしめているのは誠に正當な配慮であると思われる。住居侵入罪は実は脅迫罪と最もその罪質を等しくするものである。<sup>20)</sup>

かようにして本罪は個人の法益を侵害する犯罪中の自由、平穩及び秘密に関する罪の一環として「略取及び誘拐罪」の次位に分類、配列せしめることが最も適切であると思われる。然るに現行法がこれを全く隔離したところの公共静謐罪の章下にこれを配列、規定していることは立法的にも殆んど首肯し難いところである。

#### (四) 秘密侵害罪

故なく封緘した信書を開披したり(一三三)、医師、弁護士、宗教職等に在る者がその業務上取扱つたことに付き知り得た他人の秘密を故なく漏洩したときは(一三四)秘密侵害罪とされる。

われわれの社会生活において他人の秘密や私事を覗きみたり忖度することに興味を感じ或はこれを欲することは由来人間の本性に基く本能的なものとして蓋し免れ難いところである。と同時に人は又自己の秘密や内事が徒らに他人から窺知或は曝露されないことを欲するものも亦人間自然の本性に基くものといふべきであらう。そこで各人の秘密はその内容自体の是非は兎も角として一応徒らに衆人一般にさらされないことが社会生活の現実在即して望ましいものとして要求され

ざるを得ないのであろう。憲法が「検閲はこれをしてはならない。通信の秘密はこれを侵してはならない」と規定し（憲法二一ノ二）、刑法がこれを受けて信書の秘密と、一定の身分を有する者が業務上知り得た他人の秘密とが、徒らに白日の下にさらされることがないようにこれを保護している所以であらう。

ところで本罪の法益はいうまでもなく人の秘密であるが、ここに秘密とは客観的に一般人が秘密に保たれることを欲する事項であつて且つ同時に本人が主観的にもこれを欲する事項ということができよう。そして人はかような私生活の秘密や内実が故なく他人に知られないことにより、その日常生活の安全性が却つて平穩に保障されることもなるのである。勿論人は日常の社会生活においては常に信義を保ち誠実を旨としなければならないのである。又取引上の経済生活においても信義に背くことは到底許さるべきものではあるまい。のみならず通常の社交生活においても秘密の美名にかくれて虚偽を弄するが如きは深く慎しまなければならないのである。かようにして信義誠実の原則は単に経済取引上の原則たるに止まらず、人の社会生活を一貫して流れる根本原理たるを失わないのである。併し乍らそれにも拘らず人の私事又は内実に関する秘密は正当な法益として保護されることが人の社会生活の現実に即して必要とされるのであろう。この意味において本罪は人のいわゆる内事不可侵權に対する個人

的法益を侵害する犯罪とみることができるのであるが、このことは多くの学者も殆んど疑わな<sup>(21)</sup>いところである。

ところが現行刑法典は本罪をもつて公安を害するものとして社会的法益侵害犯罪中の住居侵入罪の次位にこれを配列、規定しているが、これは立法的にはいささか首肯し難いところである。勿論諸外国の立法例にはこれをもつて公の安寧に対する罪とする立法例もないではないのであるが、それは恐らく人の私的內事が不当に侵されないことによりその生活の平穩と安全とが保護されるのであり、それは又ひいては社会生活一般の安寧の基礎ともなるのである。かようにして個人の安全無きところに社会の平穩もなく又社会の安寧無きところには個人の安全もないという觀念に由来するものと思われ、それがそれらは何れも第二義、補充的なものであるのに反して、本罪が直接且つ端的に保護せんとするものは尚且つ個人法益に関するものと考えることが妥当であると思われる。従つて唯漠然と本罪をもつて公の安寧を害する犯罪とする歴史の沿革を盲目的にそのまま踏襲しているのは必しも妥当ではない。又仮りに本罪をもつて公安犯罪とみるとしても、本罪は又特に親告罪（一三五）とされている点よりして果してどうであらうか。親告罪は元來専ら個人の法益を重んずるが故に親告罪とされるのであるから、若し本罪が公安犯罪なりとするならばこれを親告罪とする必要は必しもないといわなければならない。

かようにして本罪は寧ろ誹毀罪、侮辱罪といった個人的名誉に対する罪と近接した類型であつて、その本質は私生活の内実が不当に曝露されないという個人の法益を侵害する点にあると解することが最も妥当であると思われる。

そこで本罪は個人の法益を侵害する犯罪として「名誉に対する罪」と「信用及び業務に対する罪」との類型として兩者の中間位にこれを分類、配列せしめることが最も適切であると考ええる。

### 三　　む　　す　　び

終戦後憲法の改正に呼応して現行刑法典の一部改正がみられたことは夙に周知の如くである。現行刑法典は明治四十年に旧刑法の後を受けて制定されたものであるから、わが国現行法中では恐らく最も旧式のものといわざるを得ないのである。今日多くの法令が凡て口語体且つ平易な形式で表現されているにも拘らず、独り刑法典のみが依然として生硬な文語体であるのみならず、その用語に至つては甚だ奇異且つ難解のものが多いということも夙に識者により指摘されるところである。又明治四十年刑法典制定当時の社会と今日のそれ、特に終戦後の社会状態とは著しい進歩、発展の経緯があるのであるから、今日現在法典と社会事実との間には可成りの間隙とずれができてゐるのではないか。ところが終戦後の刑法改正は新憲法の要請に呼応して応急的最少限度になさ

れた文字通りの一部改正であつたのであるから、既に全面的に改正を経たと思われる刑事訴訟法は一応別として、今日刑法典の根本的全面的改正ということは、行刑法のそれと共に差当り当面焦眉の重要問題であると思われる。

そこで来るべき刑法の改正に際しては立法的に論議せられて然るべき問題は甚だ多い。例えば刑法の根本問題であるところの刑罰の本質如何という問題についても過般の一部改正時に際しては「刑は共同生活の規律を正し、社会秩序を保全するを目的とするものにして、その性質上報復の害悪を加ふるを精神とするものに非ず、而して、刑は犯罪事実に対し影響を及ぼし得るものに非ずして犯罪人に対し機能を営むべきものなるが故に、刑の適用においては特に犯罪人の道德的再生を趣旨とし、希望が恐怖よりも効果的なるものなることを十分に考慮すべき旨を明かにするの規定を設くること」としてその趣旨は大体においてこれを承認するが、今回の一部改正においてはこの決議は留保すべきものとせられ、併し乍ら将来の刑法の全面的改正に対する参考資料として、これを内閣総理大臣宛に送致せられたのであり、従つて明日の刑法改正に際してはその解決を迫られてゐる重大な問題なのである。その他対外国関係犯罪の諸問題、死刑、集団犯、連続犯、不敬罪、姦通罪、尊属殺等々刑法の総則及び分則を通じて改廃の問題点とせらるべきものは決して少しとされないものである。

本稿はこれらの中刑法分則に関するものとして犯罪の体系的分類と配列に関して最少限度において必要とせられる若干の犯罪についてその問題の所在を指摘してみたのである。近き将来に着手されるであろう刑法典の全面的改正に際して、これらの諸問題が考慮、検討されるならば、本稿を草した趣旨も亦おのづから達成せられることとなるのであるうか。

註(1) 木村博士、刑法各論、日本評論社版、四頁。

(2) 例えばメツガーは四分法を、ビンディングは五分法を採っている。安平博士、刑法各論、上巻、六頁。

(3) 牧野博士、刑法各論、上巻、序文、三頁。

(4) ドイツ刑法、一五四条。カロリナ法典においても本罪を「瀆神の罪」と「魔法の罪」との間に配列しているが宗教的色彩の極めて強い犯罪であることが看取できる。偽証は多くの場合曲庇或は陷害の目的でなされるのであるが、ドイツ刑法は特に陷害偽証を重く罰している。ドイツ訴訟法では宣誓は「私は全智全能の神に対して誓う」という言葉で始まり、「神にかけて偽ならず」(ドイツ刑訴、六二、同民訴、四八二)という語で終るのだが、証人が真実を述べたことを神にかけて誓いながら而も虚偽の事実を述べるにより神を冒瀆するといふ行為が処罰の対象とされるのである。わが旧刑法二一八条以下も曲庇の目的ある場合と陷害の目的ある場合とを区別して規定しているが、フランス刑法三六一一条も亦同様である。

(5) 第二十一章は誣告罪であるがこれは後述するように偽証罪と

一括同一に論じ得るところの犯罪である。然るに第二十二章「猥せつ、姦淫、重婚罪」以下は社会法益を侵害する犯罪中の風俗保護に関する犯罪群なのである。

(6) 偽証罪については故不破博士、刑事責任論、二四三頁以下に宣誓違反の罪として詳細な研究があるが、博士も亦偽証罪については現行法上その条文の配列は立法者の意図を解するに由がないとされている。

(7) 牧野博士、改訂日本刑法、七七七頁。小野博士、刑法概論、二六五頁。滝川博士、刑法各論、二六頁。木村博士、新刑法讀本、一三七頁。団藤教授、刑法、二四七頁。植松教授、刑法學各論、三九頁。その他。

(8) オッペンハイムの見解である。泉二博士、日本刑法論、各論、一二二頁。

(9) 亀山貞義氏、刑法講義、下巻、明治三二年、五一七頁。

(10) フランクがそれである。わが国においても二法益の併存説が多い。小野博士、前掲書、四四頁。木村博士、同、三五四頁。泉二博士、同、一二二頁。安平博士、同、三九五頁。斎藤教授、刑法各論、一〇九頁。その他。

(11) リスト、オルスハウゼンがそれである。わが国では牧野博士、前掲書、二七七頁。江家教授、刑法講義各論、一五五頁。同、「誣告罪の本質」(早稲田法学、二〇巻)。久礼田博士、刑法學概説、五三三頁。大場博士、刑法各論、下巻、八〇八頁。その他。

(12) 小野博士、前掲書、四八頁。木村博士、同、三三四頁。安平博士、同、四〇七頁。齊藤教授、同、一二八頁。その他。

(13) 旧刑法第二編、公益犯罪の第九章として官吏瀆職の罪を規定している。旧刑法では未だ国家犯罪と社会的公益犯罪との區別が明かではなく混同されているようだが、少くとも各種官職犯罪についての旧刑法の配置方法は甚しい混乱を示しているように思われる。

(14) ヒツベル、ローゼンフェルト等である。ポーランド刑法、二五二、ドイツ予備草案二四二条等。

(15) ベーリングの説くところであるが、これによれば住居を犯す罪は財産犯の一とされる。

(16) 住居権、住居権者という概念、用語はドイツの一部の学者の用いるところであるが住居の支配権又は命令権となす学者もある。泉二博士は住居平和権 (Hausfriedensrecht) とされる(同、前掲書、一〇三三頁)。

(17) リスト、フランク等ドイツの通説とされるところである。木村博士、前掲書、七七頁。

## (18) 旧刑法

第二編 公益に関する重罪、輕罪

第三章 静謐を害する罪

第六節 往来、通信を妨害する罪

第七節 人の住所を侵す罪

第八節 官の封印を破壊する罪

ドイツ刑法も「公的秩序に対する罪」として騷擾の罪 (Landfriedensbruch) 等と同一の章下に規定されていたが、フランクの指摘するように「これはその通常の現象形態と一致せざるもの」としてドイツ草案は一九年案以来は「自由及び安

全に対する罪」の章下にこれを規定するに至つた。

(19) 小野博士、前掲書、二〇八頁。木村博士、同、七七頁。安平博士、同、一五四頁。田藤教授、同、三四七頁。井上教授、刑法各論、九三頁。

(20) 木村博士、前掲書、七七頁。拙稿、「脅迫罪」(刑事法講座、第七卷、一六一六頁)。

(21) 泉二博士、前掲書、一〇四四頁。小野博士、同、二一〇頁。安平博士、同、一六四頁。田藤教授、同、三四五頁。齊藤教授、同、五八頁。井上教授、同、九六頁。その他。

(22) 名譽に対する罪は現行法においても個人法益に対する犯罪として第三章に合理的に配列されている。尚改正仮案も個人犯罪として第三章「信用、業務及び競売に関する罪」の次章に配列している。